

EL SECUESTRO DE MENORES **EN EL ÁMBITO INTERPARENTAL**

Trabajo Fin de Grado
Curso 2013/14

Facultad de derecho de la Universidad de las Illes Balears



Tutor: Antoni Bennàssar Moyà
Alumna: Carolina Muñoz Montavez

ÍNDICE

1. Introducción	3
2. La figura de la sustracción de menores	3
3. Análisis legislativo	5
3.1. Ámbito civil	6
3.1.1. Titularidad, patria potestad y guardia y custodia.....	6
3.1.2. Residencia del menor.....	8
3.1.3. Efectos civiles de la sustracción.....	9
3.1.4. Derecho de visita del progenitor inhabilitado.....	10
3.2. Ámbito Penal	10
3.2.1 Bien jurídico.....	12
3.2.2. Sujetos.....	13
3.2.3. Tipo básico.....	14
3.2.4. Tipo agravado.....	16
3.2.5. Tipo atenuado.....	17
3.2.6. Exención de la pena.....	18
3.2.7. Formas imperfectas y consumación.....	19
3.2.8. Problemas concursales.....	20
3.3. Ámbito internacional	20
4. Conclusión	21
5. Tabla de Jurisprudencia	22
6. Bibliografía	23

1. INTRODUCCIÓN

Por todos es conocido que diariamente desaparecen niños. En los últimos tiempos el número de desapariciones va en aumento. En muchas ocasiones, las desapariciones son causadas por uno de los progenitores del niño debido a una situación de crisis matrimonial.

Este hecho es conocido como secuestro interparental o sustracción de menores, entre otras denominaciones.

El secuestro interparental consiste en la sustracción del menor de su entorno habitual por uno de sus progenitores, trasladándolo ilícitamente a otro lugar o reteniéndolo en lugar distinto al de su residencia habitual.

Se trata de un tema muy complejo en el que el ordenamiento jurídico debe responder para restablecer la situación del menor. Para ello existen, tanto en el ámbito civil, penal o internacional, diferentes instrumentos.

2. LA FIGURA DE LA SUSTRACCIÓN PARENTAL DE MENORES

La sustracción parental de menores es un fenómeno que se encuentra en una posición creciente en todas las partes del mundo.

Su origen se debe a situaciones muy diversas como pueden ser las rupturas conflictivas de matrimonios. En estos casos los menores son utilizados como un instrumento de venganza o de chantaje.

La sustracción parental se puede definir como el acto mediante el cual uno de los progenitores traslada al menor a otro lugar del país o del extranjero en contra de la voluntad del otro progenitor.

En los casos de sustracción parental lo importante es el interés superior del menor y no los intereses de los cónyuges. El interés superior del menor, en estos casos, es su derecho a relacionarse de manera continuada con los miembros de la familia.

Fue en el 2002 cuando se reguló el delito de sustracción de menores. Antes no estaba regulado como tal. Hasta la aprobación de la Ley Orgánica 9/2010, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1195, de 23 de noviembre de Código

Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores lo que se utilizaba eran las figuras de la detención ilegal con un tipo específico y la desobediencia.

Con esta reforma, en el Código Penal, se incluyó el artículo 225 bis que regula la figura de la sustracción de menores. Y, en el ámbito Civil, se introdujeron unas medidas preventivas para evitar la sustracción parental. Se incluyeron en su artículo 103 unas medidas provisionales a seguir en los casos de procesos matrimoniales de nulidad, separación y divorcio. También se introdujeron otras en su artículo 158 como la prohibición de expedición del pasaporte al menor o su retirada.

Si analizamos la jurisprudencia podemos apreciar la evolución de la figura.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1992 establece que *“en el delito de detención ilegal (art. 480 CP), de cuya infracción puede ser sujeto pasivo cualquiera, excepto los menores de siete años, «en cuyo caso en nuestro Ordenamiento Positivo se aplicará el art. 484 del Código Penal, de forma que este delito constituye ley especial respecto del de detención ilegal del art. 480 del CP», «consistiendo su requisito objetivo en sustraer al menor de siete años de la custodia de aquellos que lo tenían legalmente, siendo indiferente el medio empleado»”*.

El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de la Sección 17ª de 15 de Junio de 1999 manifiesta *“tres posibilidades: la modalidad de sustracción de menores, tipificada y penada por el artículo 485 del Código Penal vigente al tiempo de la entrega de la niña por su padre a una tercera persona; la detención ilegal, de duración superior a quince días, de una persona menor de edad, sin dar razón de su paradero (con arreglo a los artículos 483 del anterior Código Penal y 163 [1 y 3], 165 y 166 del Código Penal hoy vigente, propuestas, alternativamente, por las partes acusadoras, y el delito de quebrantamiento del deber de custodia, tipificado y penado por el artículo 223 del Código Penal hoy en vigor, calificación propuesta por la defensa subsidiariamente a su pretensión de absolución del acusado”*.

El Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 2ª) de 28 de noviembre de 2003 expone que *“el art. 225 bis castiga al progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor, considerando sustracción: «el traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia»”*.

El Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas de la Sección 2ª de 28 de Junio de 2004 dispone que *"el Código penal en su artículo 225 bis castiga al progenitor que sin causa justificada para ello traslada a un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente"*.

El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de la Sección 1ª de 13 de septiembre de 2012 establece que *"pueden ser constitutivos de un delito de sustracción de menores, tipificado en el artículo 225 bis del Código Penal . En dicho precepto se castiga "al progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor". En el apartado 2º de dicho precepto se dispone que se considera sustracción "el traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia"*.

Por tanto, se puede apreciar como el delito de sustracción de menores aparece en las sentencias y autos posteriores a la reforma de 2002 mientras que en las sentencias anteriores la figura por las que se regula la sustracción de menores es la detención ilegal.

3. ANÁLISIS LEGISLATIVO

Los padres tienen el deber de proteger, en todos los sentidos, a sus hijos menores. También los poderes públicos, de manera subsidiaria, deberán otorgar la protección necesaria a los menores. Ello se desprende del artículo 39 de la Constitución¹.

Para proteger al menor en situaciones de crisis familiares es posible acudir tanto a la vía civil como a la penal. También, al ámbito internacional.

¹ Artículo 39 de la Constitución española: *1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.*

² Artículo 156 del Código Civil: *"si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel*

3.1. ÁMBITO CIVIL

En el análisis legislativo del ámbito civil del delito de sustracción de menores lo importante es ir analizando el proceso desde el inicio de la crisis familiar. De lo que se trata es de intervenir en una fase previa, antes de la comisión del delito, estableciendo medidas cautelares para evitar que sea cometido. Y, siempre, teniendo en cuenta el interés superior del menor.

Por tanto, la finalidad del Derecho civil en el delito de sustracción de menores es preventiva.

3.1.1. Titularidad, patria potestad y guarda y custodia

Los padres que tienen atribuida la patria potestad tienen el deber de proteger a sus hijos tanto en el ámbito personal como en el patrimonial.

Nuestro Código Civil hace una distinción entre la titularidad y el ejercicio de la patria potestad.

Cuando se habla de la titularidad de la patria potestad se está aludiendo a la pertenencia en abstracto de todas las facultades y deberes que conforman la patria potestad. La titularidad de la patria potestad la ostentarán, en igualdad de condiciones, tanto el padre como la madre.

Ahora bien, cuando se habla del ejercicio de la patria potestad nos estamos refiriendo a la participación conjunta (tanto el padre como la madre) en la toma de decisiones en todos los asuntos concernientes al menor. El progenitor que no tenga atribuido el ejercicio no podrá intervenir en la vida del menor. Tan sólo podrá mantener una relación afectiva y de sostenimiento económico con él.

El problema se manifiesta cuando se produce la crisis matrimonial, es decir, cuando se pone fin a la convivencia o cuando se inicia un proceso de separación, divorcio o nulidad.

En el caso de la titularidad los dos siguen ostentándola. El problema está en el ejercicio de la institución ya que a la hora de resolver a quien pertenece el ejercicio de la patria potestad encontramos una doble regulación.

Por un lado, tenemos el artículo 156 CC² el cual establece que la patria potestad será ejercida sólo por el progenitor que quede al cuidado del hijo y, el ejercicio conjunto será la excepción.

Por otro lado, encontramos el artículo 92 CC que dispone que el ejercicio conjunto de la patria potestad será el principio general y, como excepción la patria potestad será ejercida por un sólo progenitor.

En virtud de ello, se podrá atribuir la patria potestad:

- al progenitor que conviva con el hijo; o,
- al padre y a la madre conjuntamente.

En bastantes ocasiones la jurisprudencia³ ha atribuido al progenitor que ostenta la guarda y custodia el ejercicio de la patria potestad. Pero no se ha llegado a una solución unánime ya que se trata de una materia muy casuística que se resolverá o por las partes o, si no se llega a un acuerdo, será el Juez quien tendrá que decidir atendiendo a los casos concretos de cada familia y buscando siempre el beneficio del menor.

Actualmente, la opinión mayoritaria de la doctrina es el ejercicio conjunto siempre y cuando, no se aprecie circunstancia alguna que lo desaconseje.

Además de decidir quien va a ejercer la patria potestad cuando se produce una crisis matrimonial, también, se deberán determinar otras cuestiones, como, a quien se le atribuirá la guarda y custodia, quien va a convivir con el menor, regular el régimen de visitas, etc.

A diferencia de la patria potestad, la guarda y custodia alude a la convivencia física habitual con el hijo. Por lo tanto, el progenitor que tenga atribuida la guarda y custodia podrá decidir sobre los aspectos de menor relevancia sin contar con la

² Artículo 156 del Código Civil: “*si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio*”.

³ La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1984 establece que “*al concebir la patria potestad, cualquiera que sea la naturaleza de la filiación, como una función del padre y de la madre en beneficio del hijo, la atribuye conjuntamente a ambos progenitores, si bien, atendiendo a ciertas situaciones, tanto matrimoniales como extramatrimoniales, en la que los padres viven separados, y sin que la titularidad conjunta se altere, asigna su ejercicio a aquél de los padres con el que el hijo conviva, sin perjuicio de que el Juez a solicitud fundada del otro progenitor, pueda en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio*”. El mismo sentido se aprecia en la Sentencia de la Audiencia de Cádiz de la Sección 3ª de 6 de mayo de 2002.

aprobación del otro progenitor. No obstante, los aspectos de mayor relevancia los decide quien tenga el ejercicio de la patria potestad. A esta afirmación alude la Sentencia de la Audiencia provincial de Madrid de la Sección 24ª de 6 de marzo de 2002 al exponer que *“el artículo 92 del Código civil, concretamente en su párrafo tercero, alude a la decisión que tomará el juez acerca de cuál de los progenitores tendrá a su cuidado los hijos menores, sin que esto sea óbice para que el ejercicio de la patria potestad sea compartido en orden a tomar decisiones de cierta trascendencia que, afectando a los hijos se vea privado del conocimiento de aquéllas, debiendo valorarse en igual medida sus opiniones que las de aquél que les tenga en su compañía. Es evidente que las decisiones que engloba el ejercicio de la patria potestad son las verdaderamente importantes y trascendentales para el buen desarrollo del menor, y en estas decisiones ambos cónyuges se encuentran en plano de igualdad y su ejercicio debe ser compartido por ambos. Más la guardia y custodia no tiene en su contenido la adopción de medidas de tanta trascendencia, sin que ello suponga restarle valor a tan importante función, sino que la misma se desenvuelve en un quehacer más cotidiano y doméstico, que sin lugar a dudas también contribuirá a la formación integral del hijo y que difícilmente podría compartirse por quienes no viven juntos”*.

3.1.2. Residencia del menor

Para fijar la residencia del menor se habrá de atender a lo que establezca la sentencia.

Si en la sentencia tanto el ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia se atribuye a un sólo progenitor será éste quien decida el lugar de residencia del menor.

Si se atribuye la titularidad conjunta de la patria potestad y la guarda y custodia a uno sólo en este caso decidirá el lugar de residencia el progenitor que ostente la guarda y custodia ya que como no se dice nada sobre el ejercicio de la patria potestad, se entiende establecido el principio general del artículo 156.5 C.

En cambio si se atribuye la guarda y custodia a un progenitor y el ejercicio de la patria potestad a ambos, serán los dos quienes decidirán sobre el lugar de residencia del menor.

Tan sólo se podrá privar del derecho a fijar el lugar de residencia del menor al progenitor custodio cuando el cambio pueda ir en contra del interés del menor.

Para determinar el lugar de residencia del menor también será relevante la voluntad del menor.

El artículo 159 CC establece que *“si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años”*.

En el Convenio de La Haya también se manifiesta que se deberá tener en cuenta la voluntad del menor.

Por lo tanto, el juez deberá tener en cuenta la opinión del menor cuando este sea mayor de 12 años y tenga suficiente juicio. Además, esta opinión no es vinculante para el juez. El juez podrá decidir en contra de la opinión del menor buscando siempre el interés superior. Esto se establece en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de la Sección 10ª de 2 de marzo de 2006 cuando dice que *“el juzgador debe tener en cuenta, como elemento relevante de su decisión, la propia voluntad de los hijos, los cuales habrán de ser oídos”*.

3.1.3. Efectos civiles de la sustracción

Los efectos civiles del delito de sustracción de menores son los contenidos en el artículo 225 bis, y éste es la *“inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad por tiempo de 4 a diez años”*.

Si se hace referencia al artículo 170 CC veremos que establece que *“el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación”*.

La privación de la patria potestad contenida en el artículo 170 CC no es una privación temporal sino que está reservada para supuestos especialmente graves.

Hay que señalar que la privación que se utiliza en el Código Civil no es la misma que a la que alude el artículo 225 bis.

El Código Civil se refiere a la privación de la titularidad de la patria potestad y, en cambio, el Código Penal alude únicamente a la privación del ejercicio de la patria potestad. En este caso se conservaría la titularidad. Sería más una suspensión de la patria potestad, ya que, una vez transcurrida la condena se recupera automáticamente la patria potestad.

3.1.4. Derecho de visita del progenitor inhabilitado de patria potestad

Una vez el progenitor ha sido condenado y se le ha inhabilitado el ejercicio de la patria potestad, éste, puede continuar manteniendo relación con el menor en virtud del artículo 160 CC⁴.

Sobre este tema apenas existe jurisprudencia.

Lloria afirma que si que debe tener lugar el derecho de visitas porque *“aún en el caso en que la privación tienen carácter de sanción penal, no figura como efecto o sanción complementaria la privación de toda relación y comunicación entre el padre y el hijo, antes al contrario, el artículo 160 reconoce tal derecho al padre y a la madre aunque no ejerzan la patria potestad, sin aludir ni hacer distinciones entre las causas de su no ejercicio”*.

Por lo tanto, un padre privado de la patria potestad podrá seguir manteniendo contacto con su hijo. Sólo podrá suspenderse el derecho de visita cuando se den graves circunstancias.

3.2. ÁMBITO PENAL

La protección de menores que se encuentran inmersos en el marco de una situación de crisis familiar se regula en el Título XII del Libro II “Delitos contra las relaciones familiares”. Dentro de éste se pueden distinguir dos tipos de incumplimientos de obligaciones: obligaciones familiares de contenido económico y la obligación de los

⁴ El artículo 160 del Código Civil establece que *“los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial”*.

padres de tener a los hijos en su compañía para educarlos, cuidarlos y ofrecerles una formación integral.

A continuación, me centraré, especialmente, en la conducta sustractora.

El delito de sustracción de menores se encuentra regulado en el artículo 225 bis y dispone:

“1. El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años.

2. A los efectos de este artículo, se considera sustracción:

1.º El traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia.

2.º La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa.

3. Cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución la pena señalada en el apartado 1 se impondrá en su mitad superior.

4. Cuando el sustractor haya comunicado el lugar de estancia al otro progenitor o a quien corresponda legalmente su cuidado dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción con el compromiso de devolución inmediata que efectivamente lleve a cabo, o la ausencia no hubiere sido superior a dicho plazo de veinticuatro horas, quedará exento de pena.

Si la restitución la hiciera, sin la comunicación a que se refiere el párrafo anterior, dentro de los quince días siguientes a la sustracción, le será impuesta la pena de prisión de seis meses a dos años.

Estos plazos se computarán desde la fecha de la denuncia de la sustracción.

5. Las penas señaladas en este artículo se impondrán igualmente a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que incurran en las conductas anteriormente descritas”.

Este artículo fue introducido por la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil. Por lo tanto, fue incorporado a nuestro actual Código Penal siete años después. El sentido de esta reforma lo encontramos en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre y radica en la protección de los intereses del menor y, especialmente, en las cuestiones relacionadas con su custodia. Ello es para tratar de evitar los efectos perjudiciales que se le puede producir al menor en supuestos de crisis familiares. Sin embargo, autores como Quintero Olivares señalan que estas intenciones manifestadas en la exposición de motivos son poco acordes con el tenor literal de los nuevos preceptos porque no se hace referencia alguna a la tutela de los

derechos del menor. Desde luego el legislador no está justificando la introducción de un nuevo tipo por lo que hay que pensar en motivaciones puramente políticas. Estas modificaciones son debidas a que es necesario obtener una respuesta penal clara distinta del delito de desobediencia y tal como se encuentran redactados los preceptos se evoca inevitablemente al delito de desobediencia.

3.2.1. Bien jurídico

A la hora de establecer cual es el interés que se protege por este artículo existe el problema de que caben varias alternativas. Se trata de determinar si a través del artículo 225 bis únicamente se tutelan los intereses del menor o, además, también los de los progenitores.

Según Quintero Olivares el bien jurídico que se protege es el conjunto de derechos subjetivos propios de la relación familiar legalmente definidos por parte del derecho privado.

Otros autores como González Rus o Díez Ripollo vinculan el bien jurídico a la seguridad del menor.

Torres Fernández entiende que el bien jurídico protegido es el derecho del menor a disfrutar de una relación personal con cada uno de sus padres y la paz de las relaciones familiares.

También en bastantes resoluciones judiciales se alude a que el bien jurídico protegido es el derecho del menor a relacionarse regularmente con sus dos padres en caso de crisis familiar. Para llegar a esta conclusión atienden a la ubicación sistemática del precepto (Cap. III “De los delitos contra los derechos y deberes familiares”) y, además, interpretan el precepto en relación al artículo 9.3 de la Convención sobre los derechos del niño⁵.

⁵ Artículo 9.3: “mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.

3.2.2. Sujetos

Por un lado, referente a lo sujetos activos de este delito, el artículo 225 bis dispone que puede ser sujeto activo el progenitor⁶ que no ostente la titularidad de la custodia del menor en el caso del traslado previsto en el párrafo 1º del artículo 225.2 bis. Pero también podría serlo el progenitor custodio en los supuestos en los que tiene la custodia e impide al otro acceder al régimen de visitas establecido en resolución o en los casos de sustracción internacional o secuestro bajo condición.

Hay que matizar que dicho precepto en su apartado 5º incluye una clausula de extensión de los sujetos activos y que según lo establecido, también, podrían ser sujetos activos los ascendientes del menor y los parientes del progenitor hasta se segundo grado de consanguinidad o afinidad.

Por lo tanto, podrán ser sujetos activos del delito de sustracción de menores los padres, los abuelos, los bisabuelos, los tíos, los cónyuges de éstos y los cónyuges del otro progenitor que no custodios en el caso del traslado y aquéllos que tengan o no la titularidad de la custodia del menor en el resto de supuestos.

Como conclusión hay que calificar este delito dentro de la modalidad de delito especial propio⁷ porque no procede la aplicación supletoria de los delitos de detención ilegal (arts. 163 y 165 CP) dado que el bien jurídico es distinto al tutelado por el artículo 225 bis. Sólo los sujetos en quienes se presenten las características personales que se acaban de mencionar pueden ser sujetos activos.

⁶ La palabra progenitor, gramaticalmente, sólo hace alusión a los padres biológicos. Pero si atendemos al artículo 39.2 de la Constitución española y al artículo 108 del Código Civil se engloba dentro de ésta, también, a los padres adoptantes. Y, por tanto, no se debe excluir la filiación adoptiva del concepto de progenitor.

Ahora bien, los padres biológicos del niño dado en adopción si lo sustraen de la custodia de los adoptantes no serán sujeto activo del delito ya que según autores como LLORIA GARCÍA, *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, 1ª ed., 2008, p. 43 no es posible porque “el precepto radica en su referencia a los vínculos biológicos que no son los que determinan la existencia de una relación paterno-filial en sentido jurídico, por lo que, rotos los vínculos jurídicos no se podrá hablar de secuestro parental cuando el sustractor sea el padre biológico del menor adoptado por un tercero”.

⁷ Hay otros autores como QUINTERO OLIVARES, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 5ª ed., 2005, pp. 545 y s. que califican este delito como especial impropio puesto “que encuentran un referente en otros injustos típicos que afectan a un mismo bien jurídico y cuya diferencia estriba en la comisión del mismo por parte de un sujeto que reúne unas características específicas definidas por la ley o por el contrario que dicho injusto es ejecutado por un sujeto el cual el precepto no reclama ninguna característica especial”.

Por otro lado, el sujeto pasivo del delito es plural ya que lo será el menor y, además, los padres, los ascendientes del menor y los parientes del progenitor hasta se segundo grado de consanguinidad o afinidad que no puedan disponer de su derecho a relacionarse con el menor.

El problema es determinar quién es hijo menor a los efectos del artículo 225 bis. Para ello, se deberá atender al grado de madurez, es decir, a la capacidad que tiene el menor para decidir con que progenitor desea continuar y a los límites contemplados en el artículo 4 del Convenio de La Haya de 16 años y en el artículo 159 del Código Civil de 12 años.

Claramente, el menor emancipado no podrá ser sujeto pasivo de este delito puesto que tiene plena capacidad para fijar su residencia.

3.2.3. El tipo básico

La conducta típica que se prevé en el artículo 255 bis del CP se funda en la sustracción del hijo menor.

En primer lugar, se debe aclarar el significado de “sustracción” que, de conformidad con el precepto, puede cubrir dos modalidades:

- el traslado del menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor que posee la custodia; y,
- la retención del menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa.

En cuanto a la primera modalidad, según el diccionario de la RAE, el término “trasladar” significa en su primera acepción “*llevar a alguien o algo de un lugar a otro*”. A diferencia de la conducta de sustracción que comprende un comportamiento negativo esta definición califica el comportamiento como neutro. Debido a ello, el desvalor de la conducta de trasladar al hijo menor se encuentra en la propia definición normativa que alude a la ausencia de consentimiento por quien tiene la guarda o custodia.

Por lo tanto, en este supuesto sólo se incluyen los casos en los que el sujeto activo no es el titular de la custodia del menor.

Lo significativo de esta conducta es que no concurra consentimiento. La falta de consentimiento podrá ser tanto expresa como tácita aunque sólo adquirirá relevancia penal cuando definitivamente se rompa la relación entre el menor y el custodio, es decir, cuando se formalice en denuncia y ciertamente exista voluntad de no restituir al menor.

No obstante, a veces puede haber un error del consentimiento ya que este consentimiento se facilita de forma verbal y no queda plasmado sobre ningún documento. En estos casos dicho error debe ser calificado como un error de tipo.

En cuanto a la segunda modalidad, el término “retener” alude a la idea de impedir que alguien salga o se mueva por lo que comporta un cierto desvalor por si mismo.

Sin embargo, si hacemos referencia a la definición normativa encontraremos el problema de que la voluntad que se vulnera no es la del menor sino los deberes establecidos por resolución judicial o administrativa y, por lo tanto, la conducta típica de retener será incumplir la resolución judicial o administrativa.

Por lo tanto, se puede apreciar que mientras que en la alternativa del traslado éste debe llevarse a cabo sin el consentimiento del progenitor con el que convive habitualmente, en la alternativa de retención se refiere al incumplimiento grave de un deber fijado en una resolución judicial o administrativa.

Debido a que se exige la presencia de una resolución judicial o administrativa (basta que se definitiva no es necesario su firmeza), en este caso el tipo se estructura como un delito de desobediencia.

En el supuesto de retención podemos encontrar dos situaciones:

- no reintegrar al menor cuando se ha ejercido el derecho de visita; y,
- negación del derecho de visita por el custodio.

Es importante que la infracción sea grave. Para la determinación de la gravedad se tienen que tener presentes la afectación del bien jurídico y los plazos establecidos⁸ en el artículo 225 bis del CP.

⁸ Los plazos a que hace referencia son de veinticuatro horas y de quince días.

Tiene que existir un dolo dirigido a romper las relaciones existentes con el progenitor que no realiza la conducta típica. En esta trayectoria, el Auto de la sección 5ª de la Audiencia provincial de Madrid de 2 de noviembre de 2004 dispone que el tipo exige *“sustraer, no basta con prolongar una custodia temporal, y es preciso que la sustracción sea ignorada por el otro progenitor o que dure más de 24 horas. Ello es lógico, pues no es lo mismo arrancar al menor de su centro principal de vida que prorrogar su presencia en un centro secundario donde también tiene lugar su vida, y no equiparable el ánimo de privar definitivamente de la presencia del menor que el de ampliar temporalmente su presencia en otro lugar donde también puede estar aunque se quiebren los plazos legales, ni es lo mismo la angustia de quien no sabe qué ha sido de su hijo que la ira, aunque sea justa ira, de quien ve burladas unas medidas acordadas judicialmente”*.

Por último, el artículo 225 bis establece una cláusula de salvaguarda en relación con la conducta típica. Señala que la conducta sustracción no será punible cuando se aprecie una causa justificada⁹. Hay autores como Muñoz Conde que opinan que con ella se está aludiendo a una causa de atipicidad. Según él *“no se trata, pues, sólo de una desobediencia puramente formal a la decisión judicial, sino que desde el primer momento se excluyen del tipo situaciones en la que dicha sustracción puede estar justificada porque el progenitor o la persona o institución a la que estuviera confiado el menor o que tenga concedida la custodia abandone al menor, lo maltrate, no cumpla con las obligaciones legales de alimentos, educación, etc. El consentimiento excluye naturalmente también la tipicidad de la conducta”*¹⁰.

3.2.4. El tipo agravado

El artículo 225.3 bis del CP regula una doble modalidad agravada:

- que el menor sea trasladado fuera de España;
- la exigencia de alguna condición para su restitución.

⁹ El concepto de causa justificada es un concepto amplio en el cual no se determina un catalogo cerrado de circunstancias. En este sentido, la Sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Sevilla de 25 de Junio de 2007 para la determinación de si existe causa justificada *“exige un examen de cada caso concreto para determinar la concurrencia de tal requisito, máxime que si tenemos en cuenta que de aplicar literalmente el precepto antes indicado, podría ir en contra del interés del menor que constituye su bien jurídico protegido”*.

¹⁰ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 17ª ed., 2009, pp. 304 y s..

En la primera modalidad la agravación se limita a la conducta del traslado directo, quedando excluidos los supuestos en que el menor sea trasladado a otro lugar dentro del país con un posterior traslado al extranjero puesto que el traslado ya no se lleva a cabo desde el lugar de residencia habitual del menor y, no sería punible conforme a esta modalidad agravada sino que debería aplicarse el apartado 1º del artículo 225 bis del CP.

Sin embargo, si tenemos presente el Convenio Europeo de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980¹¹ en el traslado ilícito del menor al extranjero se deberían incluir también los casos en que después de un traslado lícito el menor no es reintegrado al custodia.

La agravación de la pena se explica por la mayor dificultad que resulta para conseguir el reintegro del menor en el extranjero provocando un incremento en la afeción del bien jurídico porque debido a la distancia, el progenitor que no ha llevado a cabo la conducta sustractora, puede llegar a ver rotos los vínculos con el menor. En este sentido, se pronuncia el Auto de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Tarragona de 28 de noviembre de 2003 al establecer que el fundamento de agravación estriba en *“las mayores dificultades de retorno del menor, pues los Estados se rigen en barreras de interposición entre padre e hijos, y por el peligro de que el traslado se utilice para obtener la aplicación de normas de Derecho internacional privado favorables al progenitor que se apodere del niño”*.

La segunda modalidad estriba en la imposición de una condición que puede ser tanto de carácter económico como de cualquier otra naturaleza.

Tampoco se matiza si la condición puede ser lícita o ilícita. La única restricción es que sea de posible cumplimiento.

3.2.5. El tipo atenuado

El tipo atenuado está previsto en el apartado 2º del artículo 225 bis del CP y se da en el caso de que la restitución se lleve a término dentro de los 15 días siguientes a la

¹¹ El Convenio Europeo de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980, sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias sobre custodia de los hijos, en su artículo 1, establece la definición del traslado ilícito como: *“traslado de un menor a través de una frontera internacional, con infracción de una resolución relativa a su custodia dictada en un Estado contratante y ejecutoria en dicho Estado”*; *“el hecho de que un menor no regrese a través de una frontera internacional, al finalizar el periodo de ejercicio de un derecho de visita relativo a dicho menor”*; y, *“el traslado que se declare ilícito con posterioridad a su realización, en una resolución ulterior relativa a la custodia de dicho menor”*.

sustracción. Este supuesto se trata de una conducta de terminación del delito ya consumado y, el menor debe ser retornado por la voluntad propia del autor, es decir, la restitución debe tratarse de una acción voluntaria y personalísima.

El fin que se persigue es la rápida restitución del menor. Lo que se pretende es favorecer cuanto antes el fin al incumplimiento del régimen de guardia y custodia.

El plazo se computará desde el momento que se interpone la denuncia y no desde el momento en que se lleva a cabo la conducta sustractora.

3.2.6. Exención de la pena

En el apartado 4º del artículo 225 bis CP se recoge una excusa absolutoria.

Dicha excusa absolutoria tiene dos alternativas:

1.- Que el sustractor retorne al menor en un plazo de 24 horas. La devolución se puede hacer tanto de forma directa, trasladando al menor hasta su lugar de residencia, o de manera indirecta a través de su entrega a las autoridades.

2.- Que el sustractor comunique el lugar donde se encuentra el menor comprometiéndose a su restitución inmediata haciéndola efectiva. La comunicación debe hacerla al titular de la guarda de forma directa o indirecta (a través de un tercero) y lo que se tiene que transmitir es el lugar donde se halla el menor.

Con la exención lo que se pretende es salvaguardar la seguridad del menor. Lo que se intenta es que se produzca voluntariamente la devolución del menor.

Si el sustractor renuncia a quedarse con el menor y lo restituye al titular de la custodia, con este comportamiento evitará el riesgo que pueda llegar a causar la lesión del bien jurídico.

Ahora bien, si la devolución no es debida a la voluntad del sustractor no será aplicable la excusa absolutoria. Además, tampoco será de aplicación el tipo atenuado.

La diferencia entre la atenuación y la exención estriba en que en el caso de la exención la afección del bien jurídico es menor ya que no se han podido crear nuevos vínculos que alejen al menor de su entorno.

Referente al término inmediatez, éste significa que la devolución del menor debe hacer en el plazo más breve posible. El sustractor es el que debe poner todos los medios para que se lleve en el menor tiempo posible.

Hay que tener en cuenta, que, si en este caso la entrega del menor no es inmediata al sustractor todavía le queda la posibilidad de acogerse a la atenuación.

Según autores como Díez Ripollés, para que se pueda apreciar la exención se tiene que cumplir el requisito imprescindible de la denuncia. Únicamente una vez interpuesta la denuncia, y no desde el momento de la sustracción, se podrá empezar a computar el plazo de 24 horas.

Otros autores como Lloria estiman que la denuncia debe configurarse como un requisito de perseguibilidad puesto que si no existe denuncia no podrá hablarse de sustracción del menor y, por lo tanto, no se podrá perseguir el delito y la exención, al no ser necesaria, no se aplicará.

3.2.7. Formas imperfectas y consumación

En el delito de sustracción de menores no existe ningún inconveniente para que pueda apreciarse tentativa. Por tanto, la tentativa es admitida.

El hecho de que exista una exención de pena para las sustracciones que no hayan sobrepasado el límite de 24 horas no quiere decir que todas las sustracciones que hayan durado menos queden impunes.

En los casos en que no se consigue trasladar al menor por causas ajenas al sustractor o, que se instala en otra ciudad pero devuelve al menor antes de que se interponga la denuncia, estaríamos hablando de tentativa y no de una excusa absoluta, ya que si no se ha llegado a trasladar al menor a otro lugar es porque por ejemplo ha sido detenido en el extranjero y no por la propia voluntad del sustractor.

En cambio en este delito no son punibles los actos preparatorios, como pueden ser la compra anticipada de billetes de avión, solicitudes de preinscripción en colegios, etc.

En cuanto a la consumación del delito, en el caso del traslado se llevará a cabo cuando el menor haya sido trasladado hasta su nueva residencia y, en el supuesto de la retención allí donde, llegado el momento de la restitución a quien tenga la custodia, no lo hace.

Y, además, debe presentar la finalidad de asumir la custodia del menor.

3.2.8. Problemas concursales

Para finalizar con el análisis legislativo en el ámbito penal del delito de sustracción de menores haré referencia a que la conducta sustractora en ocasiones es susceptible de diferentes relaciones concursales ya que al igual que el precepto 225 bis CP existen otros que también van dirigidos a la tutela de las relaciones familiares.

Entre los artículos 223 y 225 bis CP se podría producir un concurso de leyes donde si existiera intención real de sustituir el lugar de residencia del menor se aplicaría el 225 bis y, en caso contrario el 223

Por otro lado, también podría producirse concurso entre los artículos 224 y 225 bis CP. En este caso se resolvería por consunción para aplicar el 224.

También cabría el concurso de delitos entre los preceptos 225 bis y 556 CP cuando se produzca el traslado, pues, en el 225 bis no se contempla la desobediencia y los intereses que se protegen son diferentes.

En cambio, en el supuesto de la retención no es así, ya que en ésta se contempla la desobediencia.

3.3. ÁMBITO INTERNACIONAL

En materia de sustracción de menores los casos más complicados son aquellos en los que el menor es trasladado al extranjero. En estos supuestos es necesario acudir a la cooperación internacional ya que la normativa interna es insuficiente.

Por ello, se han aprobado diferentes instrumentos internacionales.

De los que España ha ratificado se pueden destacar el Convenio de Luxemburgo, relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como restablecimiento de dicha custodia, de 20 de mayo de 1980; el Convenio de La Haya, sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores, de 25 de octubre de 1980; el Reglamento (CE) n.º 2201/2003, del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental; y, el

Convenio entre España y Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, de 30 de mayo de 1997.

En el Convenio de Luxemburgo se establece para el retorno del menor de dieciséis años al lugar de su residencia un procedimiento simple, rápido y gratuito.

El Convenio de La Haya tiene como objetivo la protección de los menores de dieciséis proporcionando, al igual que en el Convenio de Luxemburgo, un procedimiento para conseguir su pronta restitución. Lo que lo diferencia del anterior Convenio es que la discusión sobre la guarda y custodia se resolverá con posterioridad a la devolución del menor.

El Reglamento (CE) n.º 2201/2003, conocido también como Bruselas II bis, se elaboró a partir del Convenio de La Haya. Su finalidad es avanzar, en el seno de la UE, en el espacio de libertad, seguridad y justicia en la protección de los menores. Se rige por el reconocimiento mutuo de resoluciones. Esto quiere decir que no se necesita ningún proceso de reconocimiento para los casos de sustracción intracomunitaria.

El Convenio entre España y Marruecos también pretende mediante procedimientos sencillos, rápidos y gratuitos la restitución de los menores de dieciséis años sustraídos. Además el reconocimiento y ejecución de las resoluciones sobre los derechos de custodia y visita y hacer efectivo el derecho de visita.

4. CONCLUSIÓN

Tras la realización del presente trabajo llego a la conclusión de que la sustracción de menores interparental es un problema grave a escala global. Su resolución es bastante compleja, sobretodo, cuando el traslado del menor se produce al extranjero.

Lo más aconsejable sería solucionar esta clase de conflictos desde el ámbito civil. Por ejemplo, mediante la mediación ya que la presencia de una tercera persona ajena podría ser de gran ayuda en su resolución. De esta manera, se conseguiría al menos que

el menor siguiera manteniendo contacto con ambos progenitores e incluso su restitución se podría conseguir de una manera más rápida.

También sería aconsejable establecer vías alternativas para la prevención y resolución del traslado ilícito del menor. Se podrían establecer registros de guardas y custodias para controlar los pasaportes de los menores. En el caso de que exista riesgo de sustracción se podría llevar a cabo un régimen de visitas controlado donde el contacto del padre con el hijo fuera en presencia de otros familiares.

Y, por último, se podría crear un registro de menores desaparecidos para facilitar la coordinación entre las Administraciones porque es importante que la vía diplomática actúe, sobretodo, en aquellos casos donde el menor es trasladado al extranjero y no existe convenio. En los casos donde no existe convenio en materia de sustracción de menores con el otro país, el Ministerio de Justicia no podrá intervenir en el procedimiento de devolución como autoridad central.

5. TABLA DE JURISPRUDENCIA

Tribunal y Fecha	Referencia	Magistrado Ponente
<i>STS de 28 febrero de 1984</i>	<i>RJ 1984\814</i>	<i>Rafael Pérez Gimeno</i>
<i>STS de 11 diciembre de 1992</i>	<i>RJ\1992\10169</i>	<i>Luis Román Puerta Luis</i>
<i>SAP de Cádiz (Sección 3ª) de 6 de mayo de 2002</i>	<i>JUR\2002\186618</i>	<i>Ana María Rubio Encinas</i>
<i>SAP de Madrid (Sección 24ª) de 6 marzo de 2002</i>	<i>JUR\2002\150375</i>	<i>Francisco Javier Correas González</i>
<i>SAP de Valencia (Sección 10ª) de 2 marzo 2006</i>	<i>JUR\2006\180167</i>	<i>José Enrique de Motta García-España</i>
<i>SAP de Sevilla (Sección 3ª) de 25 junio de 2007</i>	<i>JUR\2008\17336</i>	<i>Ángel Márquez Romero</i>
<i>AAP de Madrid (Sección 17ª) de 15 junio de 1999</i>	<i>ARP\1999\2913</i>	<i>Jesús Fernández Entralgo</i>
<i>AAP de Tarragona (Sección 2ª) de 28 noviembre 2003</i>	<i>JUR\2004\28705</i>	<i>Pedro Antonio Casas Cobo</i>
<i>AAP de Madrid (Sección 5ª) de 2 noviembre de 2004</i>	<i>JUR\2005\268254</i>	<i>Arturo Beltrán Núñez</i>
<i>AAP de Las Palmas (Sección 2ª) de 28 junio de 2004</i>	<i>JUR\2004\306183</i>	<i>Salvador Alba Mesa</i>
<i>AAP de Madrid (Sección 1ª) de 13 septiembre de 2012</i>	<i>ARP\2012\961</i>	<i>Eduardo de Porres Ortiz de Urbina</i>

6. BIBLIOGRAFÍA

José Luis DÍEZ RIPOLLÉS (2004), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Paz LLORIA GARCÍA (2008), *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, 1ª ed., Iustel, Madrid.

Francisco MUÑOZ CONDE (2009), *Derecho Penal. Parte Especial*, 17ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

Gonzalo QUINTERO OLIVARES (2005), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 5ª ed., Thomson aranzadi, Navarra.

Artículos:

Nuria CHAMORRO ALONSO; Adolfo ALONSO CARVAJAL. “*El secuestro interparental de menores en los matrimonios mixtos*”.

Legislación:

Convenio de La Haya, sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores, de 25 de octubre de 1980.

Convenio de Luxemburgo, relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como restablecimiento de dicha custodia, de 20 de mayo de 1980.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Páginas web:

<http://www.incadat.com>

<http://www.anar.org>